Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

ſey, von der Hälfte der bei ihm verwahrlich hinterlegten Summe zu 2200 fl. rh. die Verzugszinſen, zu 5 vom Hundert, vom 1. Oct. 1800 an bis zum 16. Juny 1814, der Klägerin zu bezahlen.

---

## XVIII.

## Unterſchied zwiſchen Protutor oder Procurator und falsus tutor.

Von

Dr. L. J. Reuſtetel zu Hanau.

Von den rechtlichen Folgen derjenigen Handlungen, welche, in das Gebiet vormundſchaftlicher Thätigkeit gehörig, von einem Nichtvormund unternommen werden, handeln im 27ſten Buche der Digeſten zwei Titel, der Tit. de eo, qui pro tutore prove curatore negotia gessit, und der Tit. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur. Man hat ſich daher ſtets bemüht, einen Unterſchied zwiſchen Protutor und falsus tutor ausfindig zu machen; aber mit ſo geringem Erfolge, daß Einige [1]) annahmen, es ſey zwiſchen beiden kein eigentlicher Unterſchied vorhanden; ſondern wer nur überhaupt, ohne Vormund zu ſeyn, die vormundſchaftlichen Geſchäfte verſehe, ſey an ſich ein falsus tutor, werde aber, inſofern er dieſe Geſchäfte beſorge, ein pro tutore se gerens geheißen. Die

1) Voet Comment. lib. 27. tit. 5. 6. Thibaut's Syſtem des Pandectenrechts, §. 534.

ältere Theorie [2]), die, den Unterſchied in den böſen oder guten Glauben ſetzend, wo jener ſtatt fand, einen falsus tutor, wo dieſer, einen Protutor zu finden glaubte, iſt ſchon längſt von der Doctrin verworfen, und offenbar gegen die Geſetze [3]). Eine andere Anſicht nimmt an: in Beziehung auf dritte Perſonen werde der, welcher vormundſchaftliche Geſchäfte verſieht, falsus tutor, in Rückſicht auf den Mündel hingegen Protutor genannt; im weſentlichen aber bezeichneten beide Benennungen eine und dieſelbe Perſon [4]). Dieſer Erklärung widerſpricht jedoch L. 1. §. 5. D. quod falso tut., wo die Frage aufgeworfen wird: ob ein Protutor als falsus tutor behandelt werden könne [5])?

Bei einer in der That ſo einfachen Sache iſt es ein ſonderbarer Zufall, daß ſie bisher zu den dunkeln und ungewiſſen Gegenſtänden gezählt wurde, während doch ſchon die Ueberſchrift der beiden Titel, aufmerkſam betrachtet, die Löſung der ganzen Frage enthält. Die Römer nämlich, obwohl ſie zwar unter gerere im Allgemeinen den ganzen Inbegriff vormundſchaftlicher Thätigkeit befaſſen [6]), unterſcheiden doch, wo ſie genauer reden, die gestio von der auctoritas, oder die Ver-

---

2) Wesenbec. ad Pand. I. 27. t. 5. 6. Lauterbach Coll. ibid. Böhmer, Hellfeld u. a. m.

3) L. 1. §. 1. D. de eo qui pro tut.

4) Bingo, an pupillis in bonis eorum, qui pro tutoribus prove curatoribus gesserunt, hypotheca tacita competat. Heidelb. 1816.

5) Die in dieſem Geſetz enthaltenen Worte: „pro tutore negotia gerens“ erklärt der Verfaſſer der angeführten Abhandlung äuſſerſt gezwungen durch „vice veri tutoris,“ als Geſchäftsführer des wahren Tutors.

6) Wo ſodann dieſes Wort die Einlegung der Auctoritas mitbegreift, z. B. in der Ueberſchrift von D. l. 27. t. 6. und l. 1. §. 3. 5. eod. Vergl. noch l. 7. pr. D. de minor.

waltung der Mündelgüter von dem zur Rechtsbeständigkeit der mit Dritten geschlossenen Geschäfte, nothwendigen Vollworte [7]). Wer nun, ohne Vormund zu seyn, die gestio für die Mündelgüter, mit dem Vorsatze, sich als Vormund zu benehmen, übernimmt, ist ein Protutor oder Procurator; hingegen wer ohne gesetzliche Befugniß eine Auctoritas zu den Geschäften des Pupillen mit dritten Personen gibt, ist ein falsus tutor. Daraus folgt nun,

1) der Protutor und Procurator treten in ein Rechtsverhältniß nur mit dem Mündel; der falsus tutor nie mit dem Pupillen, sondern stets mit dritten Personen —

2) der falsus tutor als solcher ist kein Protutor, weil er nicht die Vermögensverwaltung versiehet; eben so ist der Protutor an sich kein falsus tutor, weil er keine Auctoritas interponirt; allein es kann jemand zugleich die Vermögensverwaltung versehen, und mit Dritten, Namens des Pupillen, Geschäfte abschließen, und dieser ist dann Protutor und falsus tutor zugleich. —

Diese Ansicht beweist sich zunächst durch die Ueberschriften der beiden Titel; sodann aber durch den sämmtlichen Inhalt derselben, da in dem voranstehenden stets nur von den Pflichten des Protutors und Procurators gegen den Mündel in Bezug auf die Gestion, im nachstehenden hingegen stets nur von den rechtlichen Folgen geredet wird, die für dritte Personen entstehen, welche durch einen Nichttutor, in der Meinung, er sey ein wahrer Tutor, mit dem Pupillen contrahirt haben. Eben so wird auch an andern Orten der Digesten, wo von einem durch den Nichttutor, Namens des Pupillen, mit dritten Personen abgeschlossenen Geschäfte die Rede ist, immer das Kunstwort „falsus tutor“ gebraucht [8]). Am schärfsten ent-

---

7) L. 4. D. de auct et cons. tut. L. 18. D. de adm. et peric. tut.

8) Z. B. L. 13. §. 2. D. de publ. in rem act. Eben so macht die Basiliken (ed. Fabrot. tom. V. p. 95 et 97) einen Unter-

wickelt ſich dies Verhältniß aus L. 1. §. 5. D. quod falso tut.

Idem Pomponius scribit, etiam si pro tutore negotia gerens auctoritatem accommodaverit, nihilomieus hoc edictum locum habere; nisi forte Praetor decrevit, ratum se habiturum, quod his auctoribus gestum est; tunc enim valebit per Praetoris tuitionem, non ipso jure.

Der Prätor verſpricht nämlich gegen ein falso tutore auctore abgeſchloſſenes Geſchäft dem hierdurch in Nachtheil verſetzten Dritten Reſtitution. Der falsus tutor kann, bis auf den Act des Auctorirens, mit dem Pupillen in keiner Art von Verbindung geſtanden haben. Nun fragt es ſich, ob denn der Dritte auch dann reſtituirt werde, wenn derjenige Nichttutor, der die Auctoritas interponirte, überhaupt ſonſt auch die Angelegenheiten des Pupillen beſorgte, d. i. Protutor war? Die Frage wird bejaht, mit der Bemerkung, daß das Geſchäft unumſtößliche Gültigkeit habe, wenn durch ein vorhergegangenes Decret des Prätors der Nichttutor zur Abſchließung von Contracten für den Pupillen Vollmacht erhielt. — Wie wäre die Aufſtellung dieſer Frage möglich geweſen, wenn kein Unterſchied, oder nur einer des eleganten Sprachgebrauchs, zwiſchen falsus tutor und Protutor geweſen wäre?

Der Protutor und Procurator ſind Geſchäftsführer, die in Hinſicht ihrer Pflichten ganz als wahre Vormünder betrachtet werden, und in ſo weit auch deren Rechte genießen, als ſie durch ihre negotiorum gestio Entſchädigungsanſprüche gegen den Pupillen oder Kuranden erhalten. Man belangt ſie daher mit der nach Analogie der Vormundſchaftsklage modificirten actio protutelae, und ſie können ihre Gegenforderungen eben

---

ſchied zwiſchen: ὡς ἐπίτροπος, διοικῶν, und dem πλάσει ἐπίτροπος

ſo mittelſt einer actio contraria geltend machen [9]). Allein wer bloßer Geſchäftsführer eines Mündels iſt, wird dadurch allein noch nicht zum Protutor oder Procurator. Denn um dieſes zu werden, muß er die Geſchäfte animo tutoris oder curatoris, d. i. mit dem Willen, als Vormund zu handeln, übernehmen; ob er hierbei in gutem oder böſem Glauben ſich befand, bewirkt keinen Unterſchied [10]). Daraus folgt, daß wer die Geſchäfte eines Mündigen animo tutoris beſorgt, nicht als Procurator, ſondern als Geſchäftsführer im Allgemeinen, angeſehen wird [11]).

Ganz verſchieden von dieſem Verhältniß iſt das, welches durch die Wirkſamkeit eines Nichttutors, welcher Auctoritas interponirt, d. i. eines falsus tutor, zwiſchen dieſem, dem Pupillen, und dritten Perſonen entſteht.

Bekanntlich erwirbt ein Pupill, der ohne Zutritt ſeines Tutors contrahirt, Rechte, ohne ſich verbindlich zu machen. Dies muß natürlich auch dann ſtatt finden, wenn ein Anderer, als der Tutor, zu dem zu ſchließenden Geſchäfte Auctoritas gab; und es geſchah wohl, daß dieſe von Nichttutoren aus Irrthum oder Bosheit gegeben, und hierdurch dritte Perſonen, welche auf die Gültigkeit des gegebenen Vollworts vertrauend, mit dem Pupillen contrahirten, in Nachtheil verſetzt wurden. Für dieſen Fall verſprach der Prätor dem Dritten Reſtitution [12]); und außerdem gegen den falsus tutor, der doloſer Weiſe antwortete, eine actio in factum auf Entſcheidung [13]). — Nun entſteht die Frage, ob es einen falsus procurator gebe

---

9) L. 1. pr. L. ult. D. de eo qui pro tut.

10) L. 1. §. 1. D. eod.

11) L. 1. §. 6. D. eod.

12) L. 1. §. 6. D. quod falso tut.

13) L. 7. D. eod.

nach Analogie des pro curatore se gerens? Und bei dieſer Gelegenheit läßt ſich der eigentlich practiſche Unterſchied zwiſchen Protutor oder Procurator, und dem falsus tutor, herausheben.

Es kann nämlich ein Nichtvormund ſowohl die Geſchäfte eines Minderjährigen, als die eines Unmündigen, in der Abſicht, als Vormund zu handeln, beſorgen, und folglich giebt es einen Procurator ſowohl, als einen Protutor. Außerdem kann aber auch ein Nichttutor Auctoritas zu Rechtsgeſchäften interponiren, und hieraus entſteht, wie wir geſehen haben, der Begriff eines falsus tutor, mit den erwähnten rechtlichen Folgen. Aber wie wird es in den Fällen, da der Minderjährige an den Conſenſus ſeines Curators eben ſo gebunden iſt, wie der Pupill an die Auctoritas ſeines Tutors, und in ſolchen Fällen ein Nichtvormund unbefugter Weiſe den Conſenſus zu Geſchäften, die zwiſchen dem Minderjährigen und dritten Perſonen abgeſchloſſen werden, ertheilt? Kann auch hier der Dritte Reſtitution erhalten? Findet auch hier die actio in factum ſtatt? —Die, welche keinen Unterſchied zwiſchen falsus tutor und Protutor ſetzen, ſind genöthigt, weil ſich ein Procurator findet, auch einen falsus curator anzunehmen, und geſtatten daher Reſtitution und Entſchädigungsklage überhaupt da, wo ein Nichtvormund für den Mündel Geſchäfte abſchließt; alſo auch da, wo ein Nichtcurator den Conſenſus zu Geſchäften gab, welche ein Minderjähriger mit Dritten eingieng [14]). Dieſe Meinung iſt jedoch, nach dem obigen, nur eine Folge der irrigen Vermiſchung zweier, ſowohl an ſich, als der Sprache nach, geſonderter Begriffe. Denn erſtlich gehen die Worte des Edicts in L. 1. §. 1. D. quod falso tut. nur auf den Tutor und ſeine Auctoritas, nicht auf den Curator und ſeinen Conſenſus. Sodann hat ſelbſt Juſtinian auf die hier obwaltende Verſchiedenheit aufmerkſam gemacht, da in der Ueberſchrift von D. L.

14) Thibaut a. a. O.

27. T. 5. der Procurator neben dem Protutor genannt wird, hingegen in D. L. 27, T. 6. ein falsus curator in der Ueberſchrift nicht vorkommt („quod falso tutore auctore gestum esse dicatur"). Den ſtärkſten Beweis hierfür enthält L. 11. pr. D, quod falso tut., wo das 12 und 14jährige Alter desjenigen, für den der falsus tutor handelte, ausdrücklich hervorgehoben wird. — Man kann daher dem Dritten, der unter dem Conſenſus eines Nichtcurators mit einem Minderjährigen contrahirte, die Reſtitution nicht geſtatten, und das Verhältniß bleibt folglich ſo, als wäre überhaupt kein Conſenſus hinzugekommen, nämlich der Minderjährige erwirbt Rechte, ohne ſich verbindlich zu machen. Eben ſo geht gegen den einwilligenden Nichtcurator im Falle des Dolus nicht die actio in factum, ſondern lediglich die actio de dolo.

---

## XIX.

## Ueber die Culpa bei der Protutel.

Von

Dr. G. Zimmern, Privatdocent des Rechts an der Univerſität zu Heidelberg.

Die actio furti ſteht bekanntlich jedem zu, welcher ein juriſtiſches Intereſſe hat, daß er nicht beſtohlen werde. Doch wird dabei vorausgeſetzt, daß der Beſtohlene die entwendete Sache wenigſtens mit des Herrn Willen, d. h. in Folge einer vorausgegangenen obligatio, in Händen hatte. Dies ſagt uns Paulus in L. 85. de furtis.

Is, cujus interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, veluti is, cui res locata est. Is autem, qui sua voluntate, vel